

O SUJEITO ATIVO DO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO: A QUESTÃO DO NÃO-COMPROMISSADO E DO NÃO-AD VERTIDO

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO

Mestra em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG
Doutoranda em Ciências Penais na Faculdade de Direito da UFMG
Professora de Criminologia na Fundação Escola Superior do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Promotora de Justiça do Estado do Maranhão

Possivelmente uma das questões mais tormentosas que divide as águas da doutrina e jurisprudência pátria e de alhures seja a da exigência ou não do compromisso para a concretização da infração de falso testemunho.

Como sabemos, a lei processual penal exclui algumas pessoas da obrigação de prestação do compromisso da testemunha “de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado” (art. 203 do Código de Processo Penal – CPP). É o caso dos doentes e deficientes mentais e dos menores de 14 (quatorze) anos (arts. 208 e 214 do CPP), bem como das pessoas ligadas por relações afetivas conjugais ou de parentesco com o acusado, quando o seu depoimento for indispensável à obtenção ou integração da prova do fato e de suas circunstâncias (arts. 206 e 208 do CPP), e das que devam guardar segredo, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, se forem desobrigadas pela parte interessada e desejarem depor (arts. 207 e 214 do CPP). No caso dos inimputáveis, ou seja, doentes e deficientes mentais e menores de 18 (dezoito) anos, não paira qualquer dúvida de que não podem responder pelo delito em comento, por força da regra ínsita no art. 26 e seguintes do nosso Estatuto Substantivo Penal. A controvérsia reside na situação relativa às demais pessoas não compromissadas, que depõem como testemunhas informantes.

A primeira corrente, minoritária na doutrina brasileira, representada, entre outros, por Mirabete e Fragoso,¹ argumenta que não comete o crime aludido a testemunha informante, porque o compromisso seria uma imposição

¹ Sustenta Mirabete (2000, v. 3, p. 404-405) que, “[...] se a lei não as submete ao *compromisso de dizer a verdade*, o que as distingue das compromissadas, as testemunhas informantes não podem cometer o ilícito em apreço.” Fragoso (1989, v. 2, p. 534) afirma que, “[...] em relação à *testemunha* é indispensável que tenha prestado o compromisso legal (art. 203, CPP), pois somente neste caso surge o dever da verdade. Não pratica crime a testemunha que é mero informante.” Mais adiante, porém, o mesmo jurista admite: “Nossa lei permite que a pessoa, nesta hipótese, se recuse a depor (art. 206, CPP), mas não exclui o crime de falso testemunho se tal faculdade legal não for aproveitada e se vier a ser produzido um depoimento falso. A correção deste critério é duvidosa, especialmente em face da ressalva contida na última parte do art. 206, CPP.”

legal,² sediada no art. 203 do CPP, de onde decorreria o dever da pessoa de dizer a verdade. Ademais, essas testemunhas não compromissadas estariam ligadas às partes por um tipo de vínculo que não lhes permitiria gozar da mesma credibilidade concedida às numerárias, de modo que seria contra a natureza humana demandar-lhes imparcialidade, face ao seu evidente interesse no desenlace da pendência.³ Esta tese é apoiada por uma parcela expressiva da jurisprudência. Alguns julgados enfatizam o nítido interesse do informante no desfecho da causa;⁴ uns, a sua suposta falta de obrigação de dizer a verdade;⁵ e outros chegam a alargar o conceito de testemunha informante, fazendo excluir da autoria da infração de falso mesmo pessoas não listadas no art. 206 do citado diploma processual penal, as quais não prestariam compromisso em virtude de relações de caráter fortemente afetivo ou estreitamente econômico com o imputado, como é o caso do amigo íntimo e do criado.⁶ O raciocínio estender-se-ia à amásia do inculcado, pelas razões que justificam o não deferimento de compromisso ao cônjuge legítimo, em interpretação particularmente inspirada

² No *Malleus maleficarum*, era atribuído um expressivo valor ao juramento: “Também é preciso atentar que ao chamar a testemunha para depor esta deverá prestar juramento [...], caso contrário seu depoimento não será válido.” (KRAMER; SPRENGER, 2001, p. 408).

³ Cernicchiaro (2001) adota um posicionamento intermediário. Embora considere ser o compromisso secundário e não residir o pressuposto do delito de falso testemunho na solenidade do compromisso, defende que a colocação do tema não deva partir desse ponto, mas sim do entendimento de que o aspecto material (buscar a realidade dos fatos) deva se sobrepor ao aspecto formal (prestar compromisso), face ao constrangimento sofrido pelas testemunhas ligadas ao acusado ou à vítima, por relações de parentesco ou amizade: “O aspecto formal (prestar compromisso) deve ceder passagem ao aspecto material (buscar a realidade dos fatos). O compromisso, assim, é secundário, mera manifestação solene de advertência do depoente. Não integra o depoimento; registra, isso sim, o que foi prometido pela pessoa convocada para esclarecimentos. A lei penal precisa ser sensível a distinções; aliás, o Código de Processo, registrou-se, assim o fez. As máximas da experiência revelam que a mãe, como regra, protege, preserva o filho ainda que o descendente pratique condutas socialmente proibidas. A recíproca também é verdadeira. E, na devida proporção, acontece com todo ascendente, ou descendente, cônjuge, mesmo desquitado (leia-se hoje, divorciado) ou entre pessoas que, de uma forma ou outra, alimentam afeição entre si. O depoimento dessas pessoas, portanto, deve ser considerado conforme tal realidade. É humanamente compreensível que esclareçam para favorecer (o oposto, em tese, também, deve ser ponderado). Pouco importa a solenidade do compromisso. Cede espaço, à realidade das coisas. Dessa forma, o pressuposto do crime não é, como se tem insistido, a solenidade do compromisso, mas a relação humana que vincula a testemunha ao réu (ou à vítima). O Judiciário, de modo geral, é pouco atento ao sentido humanístico da norma jurídica; daí, tantas vezes, não conseguir romper as barreiras da lógica formal. [...] O que interessa, o que conta é o conteúdo do depoimento e não a solenidade formal de dizer a verdade. Em consequência, constatada a relação de afeição, ou amizade, não obstante o registro do compromisso, inadequado divisar infração penal. O Direito não pode contrastar a realidade das coisas (axiologicamente analisadas)!”

⁴ “O art. 342 do Código Penal não inclui em seu rol pessoas que, embora chamadas a prestar declarações nos autos, fazem-no não como testemunhas, mas como informantes, por manifesto interesse na solução da pendência.” (TJSP - Rec. - Rel. Camargo Sampaio - RT 508/354). Também nesse sentido: RT 492/287.

⁵ “O informante não está obrigado a dizer a verdade, não incidindo, portanto, no crime de falso testemunho.” (TJSP - AC - Rel. Silva Leme - RT 607/305).

⁶ “O depoimento da testemunha informante poderá ser e será, as mais das vezes, inverídico de começo a fim. Entretanto, não constituirá crime de falso testemunho, porque, por muito natural se tem que o parente, o amigo íntimo, o criado, o dependente não sejam capazes de se libertar da influência afetiva ou econômica decorrente dessas relações.” (TJSP - Rev - Rel. Nóbrega de Salles - RT 448/359).

na evolução do direito de família (JTJ 160/308-309, 173/318; RT 722/442, 725/538, 728/526). De qualquer maneira, é ponto pacífico nessa corrente doutrinária e jurisprudencial que o parente próximo (ascendente, descendente, afim em linha reta, irmão)⁷ e o cônjuge⁸ do réu, por não prestarem compromisso, não podem ser sujeitos ativos do delito em apreço. Entretanto, existe decisão que, embora rechaçando, em princípio, a possibilidade da prática de falso testemunho por parente do acusado, aceita-a quando este, legalmente dispensado, insiste em depor com o intuito de mentir.⁹

A segunda corrente, que reúne a maioria dos doutrinadores nacionais, a exemplo de Nelson Hungria, Bento de Faria, Magalhães Noronha, Régis Prado, Damásio de Jesus, Almeida Pedroso, Cruz Ferreira e Carlos da Ponte,¹⁰ propugna o reconhecimento da testemunha não compromissada como sujeito ativo possível do delito de falso testemunho. A tese é de que o Código Penal – CP atual, diferentemente do anterior, não mais condiciona a ocorrência da infração de falso à formalidade do juramento ou compromisso, de modo que a materialização do tipo descrito no art. 342 não advém da quebra do compromisso eventualmente prestado, mas da violação do dever jurídico de falar a verdade. Pensamos ser essa a posição que agasalha a interpretação mais coerente, *ex autoritate legis*. Com efeito, rezava o *caput* do art. 261 do Código Penal Republicano: “Asseverar em juízo como testemunha, sob juramento ou

⁷ No tocante ao ascendente do inculcado: “FALSO TESTEMUNHO – Delito não configurado, sequer em tese – Declarações do progenitor do acusado havidas como falsas – Pessoa dispensada, porém do compromisso de dizer a verdade – Rejeição da denúncia, conseqüentemente, mantida – Inteligência dos arts. 342 do Código Penal e 43, nº I, do Código do Processo. Se não há o dever de dizer a verdade, não há a conduta típica prevista no art. 342 do CP, devendo ser rejeitada, conseqüentemente, a denúncia, “ex vi” do art. 43, nº I, da lei adjetiva penal.” (TACRIM-SP – Rec. – Rel. Abreu Sampaio – RT 376/330). E, em relação à irmã do inculcado: “Não comete o crime de falso testemunho a acusada que, ouvida sem prestar o compromisso legal de dizer a verdade em processo-crime contra seu irmão, faz afirmações falsas com o intuito de beneficiá-lo, mormente quando não advertida da faculdade que lhe concede a lei de recusar-se a depor. Inteligência dos arts. 206 e 208 do CPP. [...] Entretanto, se a lei não as submete ao compromisso de dizer a verdade, o que as distingue das compromissadas, as testemunhas informantes não podem cometer o ilícito em apreço.” (TJAP – Ap – Rel. Mello Castro – RT 783/660-661).

⁸ “FALSO TESTEMUNHO – Não caracterização – Depoente esposa do acusado – Depoimento prestado, mas não mediante o compromisso de dizer a verdade – Fato atípico – Recurso não provido.” (TJSP – AC – Rel. Baptista Garcia – RJTJSP 90/472). Igualmente nesse sentido: “Ação penal instaurada contra a impetrante pelo delito de falso testemunho – Processo que tinha como réu o marido da mesma – Ausência de compromisso – Inexistência do crime – Trancamento que se impõe – Ordem concedida.” (TJPR – 1ª Câmara Criminal – HC nº 0104166100/Engenheiro Beltrão – Acórdão nº 13233 – Rel. Campos Marques – J. 17.05.2001. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>> Acesso em: 29 out. 2001).

⁹ “Nesse tema, a lei que exigisse a incriminação de um parente, por outro, estaria fadada ao descumprimento. Disso não se descurou nosso processo penal ao dispensar o testemunho de tais pessoas, salvo a exceção, ora desinteressante. Mas se, embora legalmente dispensado, insiste em depor para mentir, então deve arcar com as conseqüências criminais dessa propositada, preconcebida falsidade; qualifica-se o elemento subjetivo, agora na unívoca adesão ao plano pactuado.” (TJSP - AC - Rel. Ary Belfort - RJTJSP 61/331).

¹⁰ Ver Hungria (1958-1959, v. 9, p. 485); Faria (1959, v. 7, p. 177); Noronha (1995, v. 4, p. 368); Prado (1984, p. 66); Jesus (1989, v. 4, p. 241); Pedroso (1993, p. 11); Ferreira (1998, p. 46) e Ponte (2000, p. 36).

afirmação, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade, no todo ou em parte, sobre circunstâncias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer: [...]” (ARAÚJO, 1901, v. 1, p. 287).

O *caput* do art. 342 do Código vigente, já na redação anterior à Lei nº 10.268/2001, o que foi respeitado na atual, não manteve a elementar respeitante ao juramento, o qual tornou-se irrelevante para a caracterização delitiva. Como bem acentua Prado (1984, p. 68), “[...] a norma incriminadora insculpida no art. 342 do Código Penal não erige o compromisso a *conditio júris* da tipicidade do fato. Não constitui ele, portanto, elemento do tipo penal, daí sua irrelevância na tipificação da conduta.”

Além disso, cabe notarmos que o próprio conceito de testemunha, construído *ipso iure*, sobre os pilares do art. 202 do CPP, compreende tanto os que prestam compromisso, quanto os que não o prestam. O compromisso não é a argila que molda a testemunha, mesmo porquanto o art. 210, *in fine*, do aludido diploma processual, determina ao magistrado que advirta as testemunhas das penas cominadas ao falso testemunho, sem firmar qualquer distinção, isto é, sejam elas numerárias ou apenas informantes. É esta a judiciosa conclusão de Ferreira (1998, p. 46):

Não há o que se distinguir entre testemunha numerária e com isto se contém o Código Penal. O art. 342 do Código Penal não exige que a testemunha pres- te compromisso. Poder-se-ia até mesmo deduzir que o art. 342 do Código Penal contempla uma norma penal em branco, já que é o Código de Processo Penal que vai dizer quem é testemunha e por esta razão discipli- nar a matéria. Ora, o Código de Processo Penal, em seu art. 203 (sic), estabelece os casos em que não será defe- rido o compromisso à testemunha. Observe-se, contudo, que a referida codificação, em seu art. 210, parte final, manda que o juiz advirta as testemunhas das penas cominadas no art. 342 e aí não faz distinção alguma: todas as testemunhas deverão ser advertidas das penas do falso, inclusive a informante. Volto a dizer, é vedado ao intérprete distin- guir onde a lei não distingue.

A única exclusão a que a lei processual penal se permite, na conside- ração das testemunhas, refere-se à “pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa” (art. 209, § 2º, do CPP) (BRASIL, 2002, p. 386).

Desaparece, pois, para efeito de configuração da infração de falso, a diferenciação entre testemunha numerária e testemunha informante. Ambas são testemunhas e podem ser agentes do crime em comento. Nesse sentido labora a lição de Hungria (1958, v. 9, p. 485): “Tendo o Código abolido a condição ou pressuposto do “juramento ou compromisso”, não há distinguir, na espécie, entre testemunha *numerária* e testemunha *informante*; já não pode esta prestar impunemente testemunho falso.”

O compromisso, à luz do Direito brasileiro, surge então como mera garantia de natureza formal, que concede ao depoimento, em princípio, maior valor probatório, mas cuja ausência não descaracteriza o testemunho, porque não compõe a sua essência. Seu escopo é lembrar ao depoente a sua grande responsabilidade perante a Justiça, robustecendo-lhe a noção do dever e pressionando-o a declarar a verdade. Daí o valor superior que inicialmente é atribuído à prova produzida pela testemunha compromissada. O compromisso, resume Ponte (2000, p. 35), “[...] tem conotação estritamente no campo valorativo das declarações da testemunha, de forma que sua dispensa serve apenas para considerar-se menos intenso seu valor probante.”

A dispensa do compromisso, por sua vez, não implica a dispensa do dever de dizer a verdade, visto que o dever de testemunhar ostenta caráter público. Mentir sem compromisso é tão grave quanto mentir sob juramento. Pelo princípio do livre convencimento do juiz, este pode colher os fundamentos de seu *decisum* na seara da prova semeada, seja pela testemunha numerária, seja pela testemunha informante. Portanto, o falso testemunho de uma ou de outra pode igualmente levar a erro o julgador, prejudicando severamente a administração da justiça, objeto jurídico da infração em tela. Por isso, torna-se evidente que a falta de promessa de dizer a verdade ou o compromisso, na correta asserção de Faria (1959, v. 7, p- 177), “[...] não faz desaparecer o delito, máxime no sistema da livre convicção na apreciação da prova.”

Conquanto na maioria das vezes os depoimentos das testemunhas compromissadas desfrutem de maior prestígio em termos probatórios, ao magistrado é permitido inclusive rechaçá-los, conferindo maior valor aos testemunhos dos informantes, caso o contexto das provas levantadas assim o motive. O compromisso, comenta Ponte (2000, p. 37):

[...] consubstancia-se em simples garantia formal, sem a qual o depoimento pode ser igualmente, ou até superiormente, valioso, tanto assim que ao juiz, na livre apreciação da prova, permite-se lastrear sua convicção nas informações de testemunhas não compromissadas, des- prezando, em contrapartida, os depoimentos das regu- larmente compromissadas.

Portanto, não é por estar ou não compromissada que a testemunha se

sujeita às penas cominadas ao falso testemunho; ela se torna agente ao afrontar o seu dever de dizer a verdade, na posição de depoente. Se não fosse assim, nenhum valor teria o depoimento do informante. É precisamente o que pontifica Noronha (1995, v. 4, p. 368):

Parece-nos que desde que deponham, as tes-
temunhas “informantes” não estão dispensadas de di-
zer a verdade, já que por seus depoimentos pode o juiz
firmar a convicção, o que lhe é perfeitamente lícito, em
face do princípio inconcusso, consagrado pelo Código
de Processo, do livre convencimento, aliás, posto em
relevo na “Exposição de Motivos”.
Observe-se também que a lei penal não dis-
tingue ao se referir à testemunha. Por outro lado, força
é convir que se fossem elas eximidas do dever de dizer
a verdade, seria inútil permitir-lhes o depoimento.

Cumpre esclarecermos, por fim, que os termos *compromisso e advertência*, embora sejam ocasionalmente empregados, sobretudo em parte da jurisprudência, como palavras que se confundem, beirando a equivalência, apresentam conotações bastante distintas. O compromisso “visa apenas conferir um estímulo moral à testemunha, destacando que a verdade é imperiosa”, enquanto a advertência constitui “uma ameaça velada dirigida à testemunha, no sentido de que ela não deve mentir”, sob pena de incorrer nas penas previstas para o crime de falso, sendo que o motivo do enleio repousaria “na praxe da utilização simultânea das duas fórmulas, que geralmente são deduzidas num único contexto pela autoridade que preside o ato de coleta do depoimento.” (FERREIRA, 1998, p. 47). Em um ponto, porém, o compromisso e a advertência se aproximam: a ausência de qualquer dos dois, por exemplo, por esquecimento de parte da autoridade judiciária, no momento da coleta do depoimento, não autoriza a descaracterização da conduta típica do falso. Assegura Prado (1984, p. 69), com precisão,

[...] que a falta de advertência da testemunha nos ter-
mos legais ou o compromisso indevidamente prestado
não impossibilitam o delito. Como bem assevera
Marsich, não é a advertência que faz surgir o dever da
testemunha, este existe *ex lege* independentemente da-
quela, que é um simples *richiamo alla legge*.¹¹

¹¹ Ademais, é mister não olvidarmos que, em consonância com a disposição ínsita no art. 21, *caput*, do CP, “o desconhecimento da lei é inescusável” (BRASIL, 2002, p. 261).

Ita plane, da mesma maneira que o compromisso, a advertência não é elementar do crime de falso testemunho.

A jurisprudência que espelha a posição dessa segunda corrente é bastante significativa. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria, nesse sentido: “A formalidade do compromisso não mais integra o tipo do crime de falso testemunho, diversamente do que ocorria no primeiro Código Penal da República, Decreto nº 847, de 11.10.1890.”¹²

O fato do nosso ordenamento penal não mais contemplar o juramento ou compromisso como condição para a tipificação do falso não é o único ponto destacado na jurisprudência. Alguns julgados salientam também a inexistência de distinção entre as testemunhas numerárias e as informantes para o efeito de caracterização do delito¹³ ou a constatação de que as não compromissadas, como os parentes do inculpado, também podem ser sujeitos ativos do ilícito.¹⁴

Nos países germânicos e anglo-saxões, em geral, ou nos que sofreram influência significativa dos mesmos, predomina, ao contrário, a visão da infração de falsidade testemunhal como perjúrio, tendo sua incidência vinculada à quebra do juramento.¹⁵ No Direito anglo-saxão, particularmente, o juramento judicial sempre desempenhou um papel de grande relevância.¹⁶ O *Perjury Act* de 1911 muito bem expressa esta característica. Prevê a sua Seção I que “a pessoa

¹² STF – HC – Rel. Paulo Brossard – RT712/491. Na mesma linha, citamos o seguinte acórdão do TJPR: “Será testemunha concunhado da parte não a impede de prestar o compromisso legal, cujo juramento, ademais, não se constitui em elementar do tipo incriminador do art. 342, do Código Penal.” (TJPR – 2ª Câmara Criminal – AC nº 0082590100/Primeiro de Maio – Acórdão nº 11874 – Rel. Telmo Cherem – J. 02.12.1999. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/judwin/ListaTextoAcordao2.asp?Codigo=00825901>> Acesso em: 29 out. 2001).

¹³ “O art. 342 do CP não condiciona o falso testemunho ao compromisso, que se reduz a simples anotação formal. Tendo o Código abolido a condição ou pressuposto *ao juramento ou compromisso*, não mais se pode distinguir entre testemunha numerária e testemunha informante, não podendo esta prestar impunemente testemunho falso. O compromisso não é condição de punibilidade, nem entra na descrição da figura típica. A sua eventual omissão não elide a responsabilidade da testemunha pela falsidade de suas declarações.” (TJSP – HC – Rel. Hoepfner Dutra – RT 415/63). Também nesse sentido: RT 321/71 e 392/115.

¹⁴ “FALSO TESTEMUNHO – Caracterização – Depoimento Judicial mentiroso – Testemunha que não presta compromisso – Irrelevância – Promessa de dizer a verdade que não é condição para a configuração do delito – Ordem denegada.” (TJSP – HC – Rel. Jerferson Perroni – RJTJSP 83/430). Ainda nesse sentido: “O informante (testemunha não compromissada) pode ser sujeito ativo do delito de falso testemunho, visto que a ausência do compromisso não lhe retira a qualidade de testemunha, bem como o dever de falar a verdade. Potencialidade lesiva.” (TJRS – 3ª Câmara Criminal – AC nº 697261477-Porto Alegre – Rel. Saulo Brum Leal – J. 12.11.1998. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jprud/ementas/tjrs/697/261/29726147719981112.htm>>. Acesso em: 29 out. 2001).

¹⁵ O Código Penal alemão (*StGB*) apresenta, entretanto, uma situação peculiar. Contempla o crime de perjúrio em seu § 154, Seção Nona, Parte Especial, designando como sujeito ativo a pessoa que jura com falsidade perante um tribunal ou outro órgão competente para a tomada de juramento; o de juramento falso no § 156 da mesma seção, apontando como agente, por exemplo, aquele que assevera falsamente ante uma autoridade competente, com falso juramento; e, ainda, o de declaração falsa não jurada no § 153, igualmente da Seção Nona, tendo como sujeito agente a testemunha ou perito que declara falsamente, sem juramento, diante de um tribunal ou outro órgão competente para a tomada de declaração jurada de testemunhas ou peritos (EIRANOVA ENCINAS, 2000, p. 106).

que, havendo prestado juramento lícito como testemunha ou intérprete em um processo judicial, faz uma declaração relevante para este processo, sabendo que é falsa ou não crendo em sua veracidade, será culpada de perjúrio.” (GILES, 1957, p. 261, tradução nossa).

Debruçando-se sobre as características gerais do perjúrio no Direito americano, Kaci (2001, p. 365) principia comentando que, no *common law*, o perjúrio dizia respeito à conduta de deliberada e intencionalmente dar falso testemunho enquanto sob juramento em um processo judicial, e acrescenta que a essência do delito não mudou, porém conheceu ampliação de seu âmbito, hodiernamente cobrindo também a hipótese de testemunho sob juramento fora dos domínios da sala do tribunal.

O Direito francês, embora de feição não germânica ou anglo-saxã, também apresenta o juramento como condição essencial do testemunho, o qual mereceu referência explícita no tipo especificado no art. 434-13 do novo *Code Pénal* (*le témoignage mensonger fait sous serment*), que entrou em vigor em 01.03.94. Não é testemunha a pessoa que não presta juramento, sendo tão-somente ouvida “a título de simples informação (*à titre de simple renseignement*) e não estando sujeita às penas do crime sob análise.¹⁷ Por outro lado, todo indivíduo juramentado é considerado testemunha, ainda que, na realidade, seja incapaz de prestar juramento. Só ele pode ser sujeito ativo do delito de falso

¹⁶ “In Anglo-Saxon legal procedure, judicial oaths played a very imponent part. being taken both by jurors, and by compurgators. Both these classes were punishable for any perjuries they uttered. But the functions of the modern witness had not yet been differentiated from those of the juror; and perjury by witnesses was consequently an unknown crime. And when, in the fourteenth century, witnesses began to be brought in to inform the jury;

perjury by them was not made a punishable offence. Hence it became a maxim that the law regarded every witness's oath as true. Even the ecclesiastical courts, though treating breaches of faith in general as matters within their jurisdiction, took no notice of the grave breach of faith involved in giving false witness. But, before the end of the fifteenth century, the Star Chamber sometimes interposed to punish perjuries. And, in the sixteenth century, Parliament itself began to interfere with the immunity of witnesses, dealing in 1540 with subornation of perjury, and in 1562 with perjury itself. But for each of these offenses it imposed only a pecuniary penalty, recoverable civilly by a penal action. Finally, however, the Star Chamber, in 1613, declared perjury by a witness to be punishable at common law.” (KENNY, 1952, p. 347). “No processo legal anglo-saxão, os juramentos judiciais desempenhavam um papel muito importante, sendo prestados tanto por jurados como por *compurgadores* (espécies de testemunhas de defesa no direito antigo, que atestavam a inocência e testemunho verdadeiro de outrem). Ambas as classes eram puníveis por quaisquer perjúrios que proferissem. Mas as funções da moderna testemunha ainda não haviam sido diferenciadas daquelas do jurado; e o perjúrio por testemunhas era conseqüentemente um crime desconhecido. E quando, no séc. XIV, as testemunhas começaram a ser apresentadas para informar o júri, o seu perjúrio não foi transformado em crime punível. Por isso, tornou-se uma máxima de que a lei considerava todo juramento de testemunha como verdadeiro. Mesmo as cortes eclesiásticas, embora tratando abusos de confiança em geral como matérias do âmbito de sua jurisdição, não faziam caso do grave abuso de confiança envolvido em dar falso testemunho. Mas, antes do fim do séc. XV, a Câmara Estrelada (tribunal de exceção abolido por Charles I) algumas vezes intervinha para punir perjúrios. E, no séc. XVI, o próprio Parlamento começou a interferir na imunidade das testemunhas, lidando em 1540 com o induzi mento ao perjúrio, e em 1562 com o próprio perjúrio. Mas, para cada um destes delitos, ele impunha tão-somente uma pena pecuniária, civilmente recuperável por meio de uma ação penal. Finalmente, contudo, a Câmara Estrelada, em 1613, declarou o perjúrio de testemunha passível de punição *no common law*.” (tradução nossa). Ver ainda Kenny (1921, p. 372).

¹⁷ “Il suit encore de ce principe que les peines du faux témoignage ne sont pas applicables aux déclarations mensongères faites en justice sans serment, auxquelles la loi elle-même n'attache que la valeur de simples renseignements - Cass., 18 juill. 1861, *Mohamed-Ben-Hadj Djelloul*.”, ou seja, “Decorre ainda deste princípio que as penas do falso testemunho não são aplicáveis às declarações mentirosas prestadas na justiça sem juramento, às quais a própria lei somente atribui o valor de simples informações - Cass., 18 jul. 1861, *Mohamed-Bem-Hadj Djelloul*.” (tradução nossa).

testemunho (*faux témoignage*). A jurisprudência francesa, já ao tempo do *Codex* anterior, consagrara esse princípio.¹⁸ Garçon (1956, t. 2, p. 410) justifica a necessidade de manutenção do juramento (*serment*), *in verbis*:

D'ailleurs, toutes les législations positives ont
 puni le parjure. La formule du serment et le serment
 prêté marquent alors la distinction du simple mensonge,
 que la loi ne peut réprimer, avec le faux témoignage,
 qui constitue un crime ou un délit punissable. Par là se
 trouve établie la nécessité du maintien de ce serment
 solennel.¹⁹

Diferentemente do Direito francês, a maior parte das legislações modernas co-irmãs, de tipo latino, concebem como característica marcante da infração em tela a alteração da verdade nas declarações perante as autoridades competentes e não a violação do juramento, que não é entendido como pressuposto do tipo, razão pela qual a denominam de falso testemunho e não perjúrio (termo preferido pelo direito dos países germânicos e anglo-saxões). São exemplos de Códigos Penais que adotaram esse posicionamento o italiano (art. 372), o português (art. 260.1), o espanhol (art. 458.1) e o argentino (art. 275, *caput*).

Ranieri (1975, t. 4, p. 48) assinala a desnecessidade da condição do juramento no contexto do apontado estatuto substantivo italiano:

Según nuestro Código Penal, no es necesaria
 la formalidad del juramento para que exista el de-
 lito de falso testimonio, como lo demuestra, entre otras
 cosas, el que se haya suprimido la disminución de la
 pena para quien ha declarado una falsedad sin jura-
 mento, disminución que se encontraba en el Código de
 Zanardelli de 1889. (artículo 214, párrafo último).²⁰

Na realidade, os Códigos Penais italiano e português segregam dos arts. 371 (*falso giuramento della parte*) e 359 (falsidade de depoimento ou

¹⁸ Observa Garçon (1956, p. 411) que “la jurisprudence in toujours fermement maintenu ce principe, et elle en a fait une fréquente application en annulant les arrêts ou les verdicts qui ne constataient pas que le prétendu faux témoin avait prêté serment.” Isto é, diz ele que “a jurisprudência sempre manteve firmemente este princípio, e ela fez dele frequente aplicação anulando as sentenças ou os veredictos que não constatavam que a pretensa testemunha falsa houvesse prestado juramento.” (tradução nossa).

¹⁹ “Aliás, todas as legislações positivas puniram o perjúrio. A fórmula do juramento e o juramento prestado assinalam então a distinção entre a simples mentira, que a lei não pode reprimir, e o falso testemunho, que constitui um crime ou um delito punível. Por aí se encontra estabelecida a necessidade da manutenção desse juramento solene.” (tradução nossa).

²⁰ “Segundo nosso Código Penal, não é necessária a formalidade ao juramento para que exista o delito de falso testemunho, como o demonstra, entre outras coisas, o fato de que se haja suprimido a diminuição da pena para quem declarou uma falsidade sem juramento, diminuição que se encontrava no Código Zanardelli de 1889 (art. 214, parágrafo último).” (tradução nossa).

declaração de parte), respectivamente, a exigência do juramento para a conformação típica. O *Codex* lusitano ainda toma em consideração as formalidades do juramento e da advertência para apenas agravar as penas infligidas ao ilícito de “falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução.”(art. 360.3).

Dignos de nota são igualmente os direitos suíço e cubano. Na Suíça, o Direito Federal e a maioria dos Códigos cantonais deixaram de lado a diferenciação entre o testemunho e a simples informação. O Código Penal cubano, de linha socialista, embora haja optado pelo termo *perjúrio* para nomear o crime em apreciação, não traz qualquer alusão às garantias formais do compromisso, juramento ou advertência como condições da tipicidade das ações de prestar uma declaração falsa ou deixar “*de decir lo que sabe acerca de lo que se le interroga*”, isto é, “de dizer o que sabe acerca do que se lhe interroga”, consoante art. 155. I do Código Penal cubano (CUBA, 1996, p. 82).

Retornemos ao Direito brasileiro. Ainda resta tecermos alguns comentários adicionais sobre a robusta dissensão doutrinária e jurisprudencial enraizada entre nós, relativa ao alcance da palavra *testemunha* para fins de definição do sujeito ativo do falso testemunho (*caput* do art. 342 do CP), fonte de inúmeras decisões pretorianas antagônicas, até no âmbito de um mesmo tribunal, geradora de certa insegurança jurídica. Uma opção adequada para pôr termo à mesma é a inserção de um novo parágrafo, que seria preferencialmente o inicial, no corpo do artigo *sub examine*, apresentando, para efeitos penais, o conceito de testemunha ou simplesmente indicando que o *caput* diz respeito tanto a testemunhas compromissadas quanto informantes. A primeira solução teria precedente consagrado em nosso ordenamento, uma vez que o art. 327 do Estatuto Substantivo Penal já abriga disposição concernente ao conceito de funcionário público, para efeitos penais. O dispositivo, segundo lembra Mirabete (2000, v. 3, p. 295), tem o “[...] intuito de evitar divergências e controvérsias referentes ao conceito de funcionário público, além de resguardar mais efetivamente a Administração Pública” ou, mais especificamente, nas palavras de Noronha (1995, v. 4, p. 205), “[...] evitar as divergências e controvérsias reinantes, acerca do conceito de funcionário público no Direito Administrativo, ora tomado em sentido amplo, ora restrito; às vezes, derivando da noção de *autoridade*, outras provindo da relativa à função etc.”²¹

Na mesma linha, o dispositivo aqui proposto teria o mérito de afastar a acirrada polêmica existente quanto à possibilidade da testemunha informante desempenhar o papel de sujeito agente do crime de falso testemunho. Também representaria uma lapidação do conceito de testemunha, ora trabalhado *lato sensu*, ora *stricto sensu*, no direito processual penal. Significaria, por fim, um

²¹ Ver igualmente Fragoso (1989, v. 2, p. 404).

instrumento mais efetivo de resguardo da administração pública em sentido amplo e, em especial, da regularidade da administração da justiça, constantemente atingida por condutas atentatórias ao desvendamento da verdade. Embora viesse a ser alocado na Parte Especial do Código Penal, mais exatamente no art. 342, o parágrafo em vista aplicar-se-ia a todo o diploma legal indigitado, bem como a outras leis. No caso do *Codex*, citemos, logo de início, além do art. 342, outros dois exemplos de dispositivos que se beneficiariam diretamente de tal solução: os arts. 343 (corrupção ativa de testemunha ou perito) e 357 (exploração de prestígio), ambos fazendo expressa alusão à figura da testemunha no *caput*.

A inclusão do conceito em foco, para efeitos penais, igualmente serviria, não para construir um fosso entre a concepção de testemunha no direito penal e a vigente no direito processual penal, como acontece, em certa medida, no tocante ao conceito de funcionário público no direito penal e no direito administrativo, mas para edificar uma ponte ainda mais sólida entre os dois primeiros direitos, ratificando o entendimento doutrinário e jurisprudencial que, a nosso ver, acertadamente extrai do direito processual penal os fundamentos para a definição dos contornos da figura da testemunha de que trata o art. 342, compreendendo tanto a testemunha compromissada como a informante. O conceito necessariamente destacaria o caráter indiferente da prestação do compromisso e aglutinaria as características mais marcantes da testemunha e do teste-munho no direito processual penal e no contexto do mencionado art. 342: a via de expressão oral, a capacidade de produzir prova em depoimento, a presença de uma autoridade, a existência de processo, procedimento ou juízo arbitrai, apenas para discriminarmos as principais. A redação do parágrafo poderia ser formulada *in verbis* ou em forma assemelhada: *Considera-se testemunha, para os efeitos penais, a pessoa chamada a depor ou que se apresenta espontaneamente para fazê-lo, em Inquérito policial, procedimento, processo ou juízo arbitrai, perante uma autoridade policial, administrativa, do Ministério Público ou judiciária, com o intuito de produzir prova de fatos sob apuração, mediante prestação ou não de compromisso.*

Outra solução possível, mais simples, seria o acréscimo de parágrafo que tão-somente patenteasse que a figura da testemunha, referida no *caput* do artigo analisado, abrange a não compromissada e a informante, conforme defendido pela corrente doutrinária e jurisprudencial a que nos filiamos. A redação poderia ostentar a seguinte feição: *Considera-se testemunha, para os efeitos penais, tanto a compromissada quanto a informante.* Ou ainda: *Considera-se testemunha, para os efeitos penais, a pessoa que depõe mediante prestação ou não de compromisso.*

Não obstante julgarmos qualquer dessas duas soluções formalmente

adequada, poderíamos avançar mais. As mesmas, é verdade, afastariam qualquer dúvida quanto à possibilidade da testemunha informante praticar a infração em comento, o que entendemos, consoante antes ressaltado, ser a posição hermenêutica mais coerente. Por outro lado, ainda deixariam em aberto a questão, insistentemente apontada pela tendência doutrinária ejurisprudencial contrária, de que o falso testemunho prestado com o objetivo de beneficiar parente próximo possui características peculiares, face à natureza do interesse envolvido, que, embora não sirva de argumento sólido para a equivocada interpretação de que o *caput* do art. 342, com alicerce no estatuto processual, não implicaria a testemunha informante, levanta um problema relevante: o de que tal testemunha merece tratamento penal diferenciado em relação à compromissada. E mister apresentarmos duas últimas opções, até aqui não ventiladas. Nenhuma das duas conhece precedentes no Direito penal brasileiro, ao menos no respeitante ao delito de falso. Por motivo de política criminal e utilidade social, acreditamos que a solução mais equitativa, refletindo o contexto das modernas tendências despenalizadoras, seria a inclusão de parágrafo no bojo do art. 342 do Código Penal, dispondo sobre a atenuação de pena em caso de falso perpetrado por qualquer das pessoas listadas no art. 206 do Código de Processo Penal. Teríamos, então, o crime de falso privilegiado. Este dispositivo teria a vantagem dialética de, a partir dos argumentos antitéticos sustentados pelas duas principais vertentes hermenêuticas discutidas, exibir uma síntese, na forma de uma causa de diminuição de pena, que dedicaria tratamento diferenciado ao sujeito ativo que, em razão de relações afetivas, agisse para beneficiar outrem (o cônjuge ou parente próximo), sem descuidar, evidentemente, da proteção dos interesses da administração pública em sentido lato e, especialmente, da regularidade da administração da justiça, violada por condutas atentatórias, como o falso, à persecução e ao afloramento da verdade, preservando, assim, mais especificamente, o interesse de afirmação do dever jurídico de falar a verdade, inerente a todas as testemunhas. O próprio Fragoso (1989, v.2, p. 534), paladino da corrente que pugna pela não inclusão da testemunha informante no rol dos agentes do ilícito de falso, declara ser duvidosa a correção do critério da lei brasileira, no sentido de permitir que a pessoa se negue a depor nos casos do art. 206 do CPP, mas sem excluir a infração de falso testemunho quando a dita faculdade legal não é aproveitada e dá-se um depoimento mendaz, tendo em conta, sobretudo, a ressalva ínsita na última parte do dispositivo apontado.²² A solução que acabamos de propor, além do mais, não é desconhecida fora dos ares pátrios, pois alguns códigos alienígenas, a exemplo do alemão (§ 157) e do suíço (art. 384), prevêm a atenuação de pena na hipótese do falso testemunho ser cometido para beneficiar parente próximo.

A última opção seria a mais avançada em termos de medida

²² Ver ainda nota de rodapé I.

despenalizadora, porém teria a inegável desvantagem de fazer pesar a balança em desfavor da necessidade de resguardo da regularidade da administração da justiça: a isenção de pena, sob o molde de uma escusa absolutória.²³ O Código Penal italiano, em seu art. 384, situa o falso testemunho prestado para beneficiar parente próximo entre os casos de não punibilidade (*casi di non punibilità*).

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado: parte especial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. v. 1.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Falso testemunho. Universidade Federal de Santa Maria. Direito. Artigos. Direito processual penal, p. 1-2. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo_penal/falso.htm>. Acesso em: 26 nov. 2001.

CUBA. *Código Penal*: ley n. 62, de 27 de diciembre de 1987. La habana: Jurídica, 1996.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio (Coord.). *Código Penal alemán (StGB), Código Procesal Penal alemán (StPO)*. Tradução de Juan Ortiz de Noriega et al. Madrid: Marcial Pons, 2000.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record 1959. v. 7.

FERREIRA Luiz Alexandre Cruz. *Falso testemunho e falsa perícia: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 2.

GARÇON, Émile. *Code penal annoté*. Paris: Sirey, 1956. t. 2.

GILES, Francis T. *El derecho penal inglés y su procedimiento*. Barcelona:

²³ Sales (1993, p.83) conceitua as escusas absolutórias como “aquela particular espécie de normas que isentam de pena o agente culpável, pela prática do injusto típico, tendo em vista considerações de ordem político-criminal.” No CP, seu locus está firmado nos arts. 181 e 348, §; 2º.

Bosch, 1957. Título original: The criminal law: a short introduction.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, [1958-59]. v. 9.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

KACI, Judy Hails. *Criminal law*. 2nd. ed. Nevada: Copperhouse, 2001.

KENNY, Courtney Stanhope. *Esquisse du droit criminel anglais*. Traduit par Adrien Paulian. Paris: Marcel Giard, 1921.

_____. *Outlines of criminal law*. 16th. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1952.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução de Paulo Fróes. 15. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2001. Título original: Matheus Maleficarum.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. v. 3.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Falso testemunho: anotações de direito e processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 55, n. 163, p. 9-21, jul./set. 1993.

PONTE, Antonio Carlos da. *Falso testemunho no processo*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Falso testemunho e falsa perícia*. São Paulo: Saraiva, 1984.

RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal: parte especial*. Bogotá: Temis, 1975. t. 4.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.